II.

Ueber den Umfang des Devolutiv-Effects bei Berufungen gegen Erkenntnisse, welche die Klage bedingt oder unbedingt abweisen, oder den Beklagten von derselben entbinden.

Von
Herrn Oberappellations-Gerichts-Rathe Dr. **Cucumus**
in München.

(Schluß des Aufsatzes No. VIII. im vorigen Hefte.)

---

§. 9.

1. Die unbedingte Abweisung der Klage würde das Resultat der Entscheidung einer für sich bestehenden Vorfrage seyn, wenn sie erfolgt

a) auf den Grund einer **exceptio litis finitae.** Der Unterrichter kann die Klage als durch Urtheil oder Vergleich bereits abgethan, oder als verzichtet oder verjährt erachtet haben, während der Oberrichter findet, daß solche Erlöschungsgründe des Klagerechts nicht angenommen werden können, weil z. B. das frühere Erkenntniß die jetzt erhobene Streitfrage nicht auch umfaßt. — Daß nun diese Einreden nur eine Vorfrage veranlassen [10]), liegt schon in dem Begriffe

---

10) Diese proceßhindernden Einreden nämlich nur beschränkt auf die **exceptio rei judicatae, transactae, renuntiatae** und **praescriptae**, soferne sie sogleich liquid gemacht werden. Würde aber jede, den Klagegrund zerstörende, sogleich liquid gemachte Einrede als proceßhindernde betrachtet; so könnte nicht mehr gesagt werden, daß die proceßhindernden Einreden nur eine selbstständige Vorfrage begründen, sondern man müßte mit Thilo, Erl. der

einer exceptio litis ingressum impediens, welche Bezeichnung sie ebenfalls haben. Allerdings muß auch zur Beurtheilung solcher Einreden eine Prüfung des klägerischen Vorbringens in der Hauptsache eintreten, aber nur zu dem Zwecke der Vergleichung desselben mit dem Gegenstande des schon vorliegenden Erkenntnisses, oder des Vergleichs u. s. w., um die Frage zu lösen, ob die Sache ihre Erledigung schon gefunden habe. Wenn also der Oberrichter der unterrichterlichen Bejahung derselben nicht beiträte, so müßte er die Zurückweisung an den Unterrichter zum Erkenntnisse in der Hauptsache verfügen, weil die Entscheidung dieser, die Conclusion des Unterrichters bezüglich des klägerischen Petitums aus den für dieses aufgestellten Prämissen noch nicht vorliegt [11].

Bad. Proc.-Ordn. Seite 813. no. 14. den Grundsatz gelten lassen, daß bei Abweisung der Klage auf den Grund einer proceßhindernden Einrede der reformirende Oberrichter selbst — dann in der Sache zu erkennen habe. Man vergl. die §. 300 — 305. der bad. Proc.-Ordn. Eine Trennung der in der proceßhindernden Einrede liegenden Vorfrage von der Hauptfrage des Prozesses läßt sich nur bei den oben gedachten vier Einreden denken, weswegen sie wenigstens zum Behufe der Feststellung des Umfangs des Devolutiv-Effects bei Berufungen gegen Erkenntnisse auf Abweisung der Klage von allen übrigen als proceßhindernd gebrauchten zerstörlichen Einreden (vgl. auch Danz, Grundſ. des ord. Proc. umgearbeitet von Gönner §. 188. Not. 6.) unterschieden werden sollten. Die bayer. Ger.-Ordn. cap. 6. §. 3. vgl. mit Kreittmayrs Anmerk. kennt nur die gedachten vier Einreden als exceptiones litis ingressum impedientes, mit welchen nach dem Proc.-Ges. v. 1837. §. 27. u. 28. die Einlassung nur eventuell zu verbinden ist.

11) Der Oberrichter möchte nun die Einrede für ungegründet, oder nicht für schon liquid erachten; so hätte er immer nur ausgesprochen, daß der beabsichtigten Rechtsverfolgung das angebliche Hinderniß nicht im Wege stehe. Der Unterrichter aber, indem er ein solches Hinderniß annahm, hatte nicht Ursache, den Grund selbst des klägerischen Anspruchs zu untersuchen, ob er ausreichend, noch eines Beweises bedürftig, ob die Verbindlichkeit des Bekla-

b) Im Falle der nominatio auctoris bei **dinglichen** Klagen. Wenn der Beklagte behauptet, daß er die Sache, das objectum litis nicht in eignem, sondern im Namen des N. N. besitze, so bildet dies eine Vorfrage. Der Oberrichter müßte, wenn er reformirend die Einrede ungegründet fände, die Zurückweisung der Sache verfügen, obgleich diese Einrede eine Prüfung des klägerischen Vorbringens nothwendig machte, um herzustellen, ob vermöge des Klagegrundes die Nomination hier eintreten kann, ob z. B. der Nominant nicht als Besitzer der Dotalgüter, oder als Usufructuar und in Ansehung des Nießbrauchs u. s. w. belangt wurde. Fände der Oberrichter, daß solcher Verhältnisse ungeachtet, also durch unrichtige Gesetzanwendung der Nomination stattgegeben wurde; so müßte er sich auf den Ausspruch beschränken, daß die Klage nicht abzuweisen sey. Denn jene Prüfung des Klaggrundes wurde nur zu dem Zwecke vorgenommen, um die Zulässigkeit der Nomination zu ermitteln, nicht aber, um das Verhältniß des Klaggrundes zur Sachbitte festzustellen und über diese zu entscheiden. Das unterrichterliche Erkenntniß in dieser Beziehung müßte vorerst noch erlassen werden.

Zwar könnte es scheinen, nach den oben (§. 1 und 2) entwickelten Grundsätzen habe der Oberrichter hier deswegen auch in der Hauptsache zu erkennen, weil es sich bei dieser Frage um die Sachlegitimation des Beklagten handle, diese aber zum Klaggrund gehöre [12]), welchem zufolge bei der Nomination negative Einlassung in der Hauptsache vorläge, sohin die Abweisung der Klage die Entscheidung in der Hauptsache selbst in sich enthalte. Allein die Behauptung desjeni-

ten nicht getilgt, der Klagegrund nicht elidirt sey. Diese Prüfung der Sache selbst kann vielmehr erst eintreten, wenn feststeht, daß die exceptio litis finitae ungegründet, die beabsichtigte Rechtsverfolgung durch die behauptete Thatsache nicht abgeschnitten sey.

12) Seuffert's Commentar über die bayer. Ger.-Ordn. Bd. II. Seite 144. no. 4. Gensler, Handb. Seite 115. 123. Linde, Lehrb. des Proc. §. 92.

gen, welcher als Detentor belangt werden konnte, daß er nur im Namen eines speciell benannten Dritten besitze, hat mit den Einreden gemein, daß sie nicht blos eine Verneinung, sondern eine selbstständige Behauptung enthält, welche, noch ohne Eingehung in die Sache, ohne Prüfung des Grundes des Petitums, der besonderen und vorausgehenden Entscheidung bedarf [13]).

Anders verhält es sich allerdings bei persönlichen Klagen. Wenn z. B. der aus einem Vertrage belangte Beklagte einwendet, nicht von ihm oder für ihn, sondern vom A, oder für diesen sey der Vertrag geschlossen worden; so liegt hierin lediglich verneinende Einlassung in der Hauptsache: **tecum non contraxi.** Hätte also der Unterrichter auf den Grund dieser Negation die Klage abgewiesen, so könnte sich der Oberrichter nicht auf den Ausspruch der Nichtabweisung beschränken. Er müßte in der Hauptsache selbst erkennen. Die Nomination bildet daher eine selbstständige Vorfrage bei dinglichen Klagen. Bei den persönlichen hat der Beklagte nur sich gegen den Anspruch zu vertheidigen, darzuthun, daß nicht er Subject des obligatorischen Factums ist. Dadurch aber widerspricht er den Klagegrund. Nur bei den dinglichen ist das Recht des Dritten im Spiele, und wenn dieser namentlich bezeichnet wird, so hat man einen vor der Hauptsache zu erledigenden Punkt.

c) Der Fall der Abweisung der Klage, weil es nach der Ansicht des Unterrichters dem Geschäfte an der Form gebricht, welche die Gesetze zu dessen Gültigkeit erfordern, gehört ebenfalls nicht zu denjenigen, in welchen nur eine Vorfrage entschieden würde. Wenn z. B. die Klage abgewiesen wurde, weil es dem Vertrage an der gerichtlichen Protocollirung gebreche; so hat der Unterrichter die Thatsache geprüft,

13) Nur in so ferne wirken die von der Sachlegitimation geltenden Grundsätze ein, als der Nominant bezüglich der Nomination nicht beweispflichtig ist. Seuffert l. c. Seite 312. no. 5.

auf welche sich der klägerische Anspruch stützt. Er hielt dafür, daß dieselbe zu dessen Begründung sich nicht eigne, seine Conclusion bestand sofort darin, daß das Geschäft, aus welchem der Kläger die Sachbitte ableitet, auf verbindliche Art nicht abgeschlossen wurde, sohin gar nicht besteht.

Dasselbe Verhältniß würde obwalten z. B. wenn die Klage abgewiesen wurde, weil das Testament, auf welches sie sich gründet, wegen Mangels der Form als nichtig betrachtet wird. Könnte der Oberrichter die Sache anders beurtheilen, z. B. weil am Orte der Testaments-Errichtung die vom Unterrichter geforderte Form nicht gesetzlich ist; so könnte er die Sache nicht zu anderweitigem Spruche an den Unterrichter zurückweisen. Der Umstand, daß sich dieser in factischen Voraussetzungen geirrt hatte, daß er etwa bei besserer Kenntniß früherer oder jetziger geographischer Verhältnisse anders geurtheilt hätte, kann den Oberrichter nicht entheben, das den wahren Verhältnissen entsprechende Urtheil in der Sache selbst zu geben.

d) Dieselbe Bewandniß hätte es, wenn die Abweisung der Klage dadurch motivirt wäre, daß das Geschäft, aus welchem geklagt würde, ein verbotenes und das Klagerecht daraus von den Gesetzen nicht gestattet sey, es möchte nun die s. g. exceptio deficientis juris agendi vorgeschützt worden seyn, oder nicht. So z. B. könnte die Klage auf Bezahlung einer Cursdifferenz in I^a abgewiesen worden seyn, weil die Spielverträge verboten, ungültig, und die Klagen auf Bezahlung des Gewinnes nicht gestattet seyen. Der Oberrichter dagegen beurtheilt das Geschäft nicht als Spiel, sondern als Wette, und nimmt sohin auch das Klagerecht an. Oder der Unterrichter hatte die Klage abgewiesen, weil sie auf Zurückforderung dessen gehe, was ob turpem causam gegeben wurde, dafür aber ein Klagerecht nicht stattfinde. Der Oberrichter dagegen erachtet die Klage zulässig, weil in dem gegebenen Falle der Vorwurf der Schändlichkeit nur den Empfänger trifft, oder weil der Principal oder der Haus-

vater das zurückfordert, was der Geschäftsführer oder der Haussohn **ob turpem causam** gegeben hatte.

Auch in Fällen dieser Art beruht die Abweisung der Klage auf der Untersuchung der Frage, ob aus dem zur Begründung des Petitums Vorgebrachten sich die Conclusion zu Gunsten dieses ergiebt. Die Zuständigkeit des Klagerechts kann da nicht zur selbstständigen Vorfrage gemacht werden; sie hängt von der Subsumtion des factischen Klagegrundes unter die Gesetze ab, weswegen der Oberrichter, wenn er findet, daß in dieser ein Fehler begangen wurde, sich nicht damit begnügen kann, nur diesen bemerklich zu machen, sondern er muß selbst subsumiren und festsetzen, welche Schlußfolgerung sich aus seiner Beurtheilung der Prämissen bezüglich der Sachbitte ergiebt, worin dieselbe von der schon vollendeten Conclusion des Unterrichters abweicht. Wollte man in dergleichen Fällen (**sub litt. c** und **d**) sagen, der Unterrichter habe sich doch nur in einer Voraussetzung geirrt, und er würde ohne diesen Irrthum z. B. in einer geographischen Frage, in der geschehenen Promulgation eines Gesetzes, in der Anwendung eines verbietenden Gesetzes u. dergl. anders erkannt haben; so gäbe es für die Fälle der Zurückweisung und der Selbstentscheidung des Oberrichters gar keine Grenze mehr, der **effectus devolutivus** wäre in der That ganz auf die Seite geschoben, und die Obergerichte hätten mehr die Stellung der Lehranstalten für die Unterrichter, als jene der Gerichte für die Parteien. In allen Fällen, in welchen der Unterrichter die der Klage unterstellte Thatsache anders beurtheilt, oder diese Thatsache unter andere gesetzliche Bestimmungen subsumirt, könnte dann consequent nur der Ausspruch erfolgen: daß die Klage nicht abzuweisen, oder daß der Beklagte von derselben nicht zu entbinden sey, die Sache aber zum anderweitigen Erkenntnisse zurückgewiesen werde, wie z. B. wenn der Unterrichter die Aeußerungen, auf welche sich die Injurienklage stützt, nicht als injurirend ansähe, der Oberrichter dagegen eine Injurie darin fände.

Eine solche Doctrin, welche die Folgen der Begründung einer Beschwerde von dem Devolutiv-Effecte ausschließt, wäre eine wahre Calamität für die Rechtsuchenden. Nicht nur der Irrthum in der Beurtheilung des Klaggrundes, sondern auch irrige Beurtheilung, oder Uebergehung einer Einrede oder Replik müßte dann consequent jedesmal zu der Zurückweisung der Sache zum weiteren Erkenntnisse führen, und so zur Verewigung der Processe. Umfaßt aber der Devolutiv-Effect die Folgen der Rechtfertigung einer Beschwerde, so muß consequent auch als Grundsatz angenommen werden, daß der Oberrichter seine Schlußfolgerung in Ansehung des Klage-Petitums, einer Einrede oder Replik auszusprechen habe, soferne die Entscheidung des Unterrichters in dem angefochtenen Theile diese Schlußfolgerung zufolge seiner Beurtheilung des Klagegrundes, einer Einrede oder Replik, seyen diese nun ausdrücklich oder stillschweigend verworfen, bereits enthält.

§. 10.

2. Die Abweisung der Klage in der angebrachten Art würde blos auf der Entscheidung einer für sich selbstständigen Vorfrage beruhen, wenn sie

a) erfolgt wegen Dunkelheit, Verworrenheit, Allgemeinheit der klägerischen Geschichtserzählung. In diesem Falle hätte der Unterrichter die Klage abgewiesen, weil ihm die Feststellung einer Streitfrage unmöglich, also, weil er einen Klagegrund herauszufinden nicht im Stande gewesen sey. Diesem zufolge läge der Abweisung der Klage eine Subsumtion von Thatsachen unter Gesetze nicht zum Grunde, und eine die Sachbitte in concreto entscheidende Conclusion nicht vor. Würde nun der Oberrichter anderer Meinung seyn, z. B. weil die unbestimmten Stellen der Klagschrift im Verlaufe der Verhandlung auf statthafte Weise erläutert wurden, würde er also die Klage aufrecht zu halten, die Streitfrage festzustellen vermögen, so hätte er nur eine Vorfrage beseitigt, das unterrichterliche Erkenntniß über die nun festgestellte Streit-

frage läge noch nicht vor, und die Zurückweisung der Sache zum Erkenntnisse würde sich eben deswegen rechtfertigen. Anders dagegen

b) wenn die Klage abgewiesen wurde, weil sie in wesentlichen Stücken einen Mangel habe, weil in der deutlichen Geschichtserzählung doch solche Thatsachen vermißt werden, welche zur Begründung der Klage für nothwendig zu erachten sind, oder weil das Petitum fehlerhaft, nicht folgerichtig ist, etwas anderes vom Kläger verlangt wird, als nach den vorgetragenen Thatsachen ihm gebühren könnte. In allen diesen Fällen wäre in der Abweisung der Klage der Ausspruch enthalten, daß die Sachbitte des Klägers nicht fundirt sey. Um zu der Abweisung zu kommen, mußte der Unterrichter die vom Kläger vorgebrachte Geschichtserzählung mit den Gesetzen vergleichen, die thatsächlichen Behauptungen unter diese subsumiren, um zu finden, ob sich die Conclusion definitiv, oder mittelst Beweisauflage zu Gunsten des klägerischen Petitums machen lasse oder nicht. Fiel das Resultat verneinend aus, so war nicht eine bloße Vorfrage gelöst, sondern ausgesprochen, daß der Sachbitte in der Art, wie sie begründet werden wollte, nicht stattgegeben werde. Diese concrete Klage ist sohin gegen den Kläger entschieden, abgewiesen, und der Beisatz „in angebrachter Art" soll es demselben nur möglich machen, sein vermeintliches Recht mittelst einer andern Klage etwa besser zu begründen. Ob er dieses vermag, ob er mit einer begründeten Klage auftreten wird, ist noch ungewiß [14]).

---

14) Daher kann man nicht sagen, daß durch die Abweisung der Klage in angebrachter Art wegen mangelhaften Klaggrundes (s. g. exceptio libelli inepti) nur eine Form= oder Proceßfrage, nicht aber das Materielle entschieden werde. Allerdings wird gewöhnlich in den Proceßordnungen bestimmt, welche innerlichen Erfordernisse ein Klaglibell hat — causa petendi, medium concludendi, petitum. Allein die causa petendi wird nicht dem Proceßrechte entnommen, weswegen auch die, wenn gleich nur bedingte, Verwerfung derselben, oder die Abweisung der erhobenen

Hatte also der Unterrichter das klägerische Vorbringen unrichtig aufgefaßt, in dessen Subsumirung unter die Gesetze einen Fehler begangen u. dgl., sohin eine falsche Conclusion in Ansehung des klägerischen Petitums aufgestellt; so wird die Sache in eben diesem Umfange durch die Berufung devolut, und der Oberrichter kann sich nicht lediglich auf eine Belehrung der

---

Klage wegen eines Mangels an der causa petendi — eine Entscheidung über den erhobenen Anspruch selbst enthält, und nicht lediglich die Formalien der Rechtsverfolgung betrifft. Letzteres wäre nur der Fall, wenn die Klage sogleich ohne Gestattung der Verhandlung angebrachtermaßen abgewiesen würde. Diese Verfügung hätte die Natur eines proceßleitenden Decrets, und auch nur davon ist der §. 359. der bad. Proc.=Ordn. (Thilo l. c. Seite 226 flg.) und §. 17. cap. IV. des cod. bavar. judic. zu verstehen. Die Abweisung der Klage nach vollständig gepflogener Verhandlung aber in der angebrachten Art wegen Mangelhaftigkeit des Klagegrundes ist nicht mehr proceßleitend, sondern ein Erkenntniß über den Ausspruch des Klägers dahin, daß derselbe, so wie er begründet werden wollte, nicht statthaft sey. Zwischen dieser Abweisung der Klage und der unbedingten kann daher, was im Falle der Berufung den Umfang des Devolutiv=Effects betrifft, kein Unterschied gemacht werden, und um so weniger, wenn erwogen wird, daß die Abweisungen in angebrachter Art und die unbedingten oft mit Verwischung eines wesentlichen Unterschiedes ineinanderlaufen. Nicht selten erscheint eine Klage nach der Ausführung in den Entscheidungsgründen unbedingt abgewiesen, und dennoch hat man den Beisatz: in der angebrachten Art — gemacht, damit doch dem Kläger unbenommen sey, sein etwaiges Recht nicht etwa durch die Ungeschicklichkeit oder Uebereilung des Anwalts zu verlieren. Auch kommt der Beisatz: in angebrachter Art — nicht selten vor, wo er ganz unnöthig und am unrechten Orte ist, wie z. B. in dem sub litt. f. dieses §. angeführten Falle der condictio causa data, non secuta; denn zu der Contraktsklage könnte da immer noch gegriffen werden, wenn auch die Abweisung nicht in der Formel: in angebrachter Art — geschehen wäre. Dennoch lehrt die Erfahrung, daß auch in dergleichen Fällen gerne von jener Formel Gebrauch gemacht wird.

unteren Instanz mit Zurückweisung der Sache an dieselbe zum anderweitigen Erkenntnisse beschränken, und die, wenn gleich nur in angebrachter Art erfolgte Abweisung der Klage beruht nicht auf der Lösung einer selbstständigen Vorfrage [15]).

Daraus ergiebt sich, daß die s. g. **exceptio libelli inepti, non fundatae actionis, non concludentis libelli** nicht mit der s. g. **exceptio obscuri libelli** als identisch genommen werden sollte. Im Falle der Dunkelheit und Verworrenheit des klägerischen Vorbringens beruht die Abweisung der Klage in angebrachter Art auf der Unmöglichkeit der Feststellung des Streitpunktes, und eben dieser gilt es vorerst im Falle der Berufung, also einer Frage, welche die Beurtheilung der Sache selbst nur vorbereitet. Im Falle der s. g. **exceptio libelli inepti vel non fundatae actionis** dagegen ist diese Beurtheilung wirklich schon erfolgt [16]). Ob jedoch

15) Die Urtheilsformel: der Beklagte sey nicht schuldig, sich auf die Klage (wie solche angebracht wurde) einzulassen, hat zwar mehr nur Beziehung auf eine formelle Proceßfrage, weswegen auch der reformirende Oberrichter nur die Verbindlichkeit zur Einlassung zum Gegenstande seines Erkenntnisses machen kann. Wenn jedoch mit der vorgeschützten exceptio libelli inepti die Einlassung eventuell verbunden wurde; so zerfällt mit Hinsicht auf das oben §. 7 und 8. Entwickelte aller Unterschied zwischen dieser Urtheilsformel und jener der Abweisung der Klage in angebrachter Art, und man kann nicht mehr sagen, daß der Oberrichter im Falle der reformatoria nicht in der Sache selbst zu erkennen hätte. Daher nahm auch der Plenarbeschluß des Oberapp.-Gerichts des Königreichs Bayern v. 10. December 1842 (Reg.-Bl. von 1843 no. 2. Moritz, Sammlung der Plenarbeschl. des O. A. G. des Königreichs Bayern pag. 105.) sub no. 4 an: daß in solchen Fällen jene Urtheilsformeln für die Competenz des Oberrichters, selbst in der Hauptsache, so weit sie spruchreif ist, zu erkennen, keinen Unterschied begründe. Denn gemäß des Proc. Ges. v. 18. Nov. 1837. §. 24. und flg. muß auch mit der s. g. exceptio lib. inepti immer eventuell die Einlassung verbunden werden.

16) Beide Einreden — der dunkeln und der inepten Klage werden aber gewöhnlich in dieser Art nicht unterschieden, und allerdings

der Beklagte die Mängel in der Begründung der Sachbitte mittelst dieser s. g. Voreinrede hervorgehoben hat, ob er sie überhaupt berührte oder nicht, ändert dem Obigen zufolge (§. 7. 8) nichts ab. Nur diejenigen Modalitäten der Forderung, auf welche der Beklagte verzichten kann, liegen jenseits der Grenze des, die Folgerichtigkeit des Petitums berücksichtigenden officii judicis [17]). So z. B. müßte der Umstand, daß die Leistung am unrechten Orte, oder von den in der Verbindlichkeit enthaltenen Alternativen mit Entziehung der Wahl nur Eines (s. g. exceptio plur. pet. loco, causa) verlangt wird, vorgeschützt, oder in dieser Beziehung die Klage widersprochen werden.

c) Von einer selbstständigen Vorfrage aber handelt es sich im Falle der Abweisung der Klage in angebrachter Art wegen unstatthafter Klagenhäufung. Bei der objectiven besteht diese Vorfrage darin, ob die Klagen Sachen betreffen, welche vor demselben Richter, in derselben Proceßart, ohne zu befürchtende Unordnung in dem Proceßgange verhandelt werden können [18]), oder ob sich dieselben einander widersprechen, oder eine durch Erwählung der andern ausgeschlossen wird.

Wenn eine subjective Klagenhäufung vorliegt, so ist das

---

gehen auch diese beiden Mängel gewöhnlich Hand in Hand. Dennoch sind Fälle der Dunkelheit einer Klage, so, daß die Intention des Klägers zweifelhaft ist, möglich. Der oben gedachte Plenarbeschluß hat den Unterschied dieser beiden Einreden nicht angenommen.

17) Seufferts Commentar, Bd. I. Seite 308. e. — Uebrigens würden die Abweisungen verhandelter Klagen in angebrachter Art mit ihrem bedauerlichen Zeit- und Kostenaufwande so häufig nicht vorkommen, wenn jedesmal eine fleißige und umsichtige richterliche Prüfung der eingekommenen Klaglibelle einträte.

18) Seuffert, Comm. Bd. II. Seite 154. Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, herausgeg. von Seuffert und Glück Bd. I. Seite 185. 193. 201.

Vorhandenseyn einer Streitgenossenschaft in Frage, also, ob bei den mehreren Klägern eine Rechtsgemeinschaft stattfindet, oder formelle Einheit der Rechtsverhältnisse, gemeinschaftliche Rechtssache und Einheit des Klagegrundes, oder doch Einheit des Streitpunktes wegen eines innern Zusammenhangs der Ansprüche der mehreren Kläger, oder ob die mehreren Beklagten Subject derselben Verbindlichkeit sind, oder die Klage gegen sie durch dieselbe Thatsache veranlaßt wurde, und gegen sie auf demselben Rechtsgrunde beruht.

Um diese Fragen zu beantworten, mußte zwar der Unterrichter auf die Sache selbst eingehen; er mußte das Verhältniß zwischen den Klagen, oder die Rechtsgemeinschaft der Kläger, oder die formelle Einheit des Rechtsverhältnisses, also auch das fundamentum agendi, oder den innern Zusammenhang der Ansprüche der mehreren Kläger prüfen, z. B. das Intestat-Codicill, aus welchem der Intestaterbe und der Legatar gegen den Testamentserben klagen, und das von denselben angefochtene Testament, auf welches der Beklagte sich stützt, oder er mußte die Natur des Grundes, aus welchem jeder der mehreren Beklagten verbunden seyn soll, untersuchen, und das desfallsige Resultat war nur zu gewinnen mittelst des Eingehens auf das Materielle der Klage und der Verhandlungen. Allein über den Werth, welchen das zur Begründung der Sachbitte Vorgebrachte selbst hat, erstreckte sich diese Untersuchung noch nicht. Die Subsumtion unter die Gesetze zu diesem Zwecke, und die dadurch sich ergebende Schlußfolgerung, welche über die Sachbitte entscheidet, liegen noch nicht vor. Der Oberrichter kann die Sache daher in diesen Beziehungen auch nicht als devolut betrachten, sondern je nach der Entscheidung der, die Klagenhäufung betreffenden Frage die Sache nur zum Erkenntnisse zurückweisen.

Diese Fälle beweisen, daß das Criterium für die Befugnisse des Oberrichters nicht lediglich darin zu suchen ist, ob der Unterrichter bereits auf das Materielle der Klage und der Verhandlungen eingegangen war, oder nicht. Diese Prü-

fung kann stattgefunden haben, und dennoch ist nur eine für sich selbstständige Vorfrage, selbst nur eine formelle Frage entschieden, und die Sache blos in dieser devolut. Das Entscheidende ist immer darin zu suchen, ob die unterrichterliche Beurtheilung des Vorbringens zur Begründung der Klage den Zweck hatte, zu der Schlußfolgerung bezüglich der Sachbitte des Klägers zu gelangen, mag dieselbe nun in der Formel der Abweisung der Klage in der angebrachten Art, oder in der Formel der Entbindung des Beklagten von der Klage, wie solche angebracht wurde [19]), oder selbst in jener: daß der Beklagte nicht schuldig sey, sich auf die Klage einzulassen [20]), ausgedrückt werden.

Solche das Materielle selbst schon betreffende [21]) Vorfragen kommen auch in andern Verhältnissen vor. So z. B. bestimmt die Wiener Schlußacte von 1820 im Art. 30, daß, wenn Forderungen von Privatpersonen an Bundesglieder des-

19) Beide werden gewöhnlich ohne Unterscheidung gebraucht, obgleich die letztere mehr nur für den Fall geeignet seyn dürfte, wenn, den Klagegrund zerstörende Einreden vorgebracht wurden.

20) S. Note 15.

21) Weswegen der Umstand, daß die Vorfrage das Materielle — die Sachbitte nur berührt, die Zurückweisung an den Unterrichter zum Erkenntnisse in der Sache selbst, nicht ausschließt. Nur bei solchen Vorfragen, deren Lösung über die Sachbitte selbst entscheidet, wird die Sache auch in Bezug auf diese an den Oberrichter devolut, in der Art, daß er in der Sache selbst und nicht beschränkt auf die Vorfrage zu erkennen hat (§. 1. b.). So z. B. im Falle der Entbindung des Beklagten von der Einlassung auf die Klage in angebrachter Art, wenn neben der s. g. exceptio lib. inepti die Einlassung eventuell bewirkt worden war, s. Note 15. Auf demselben Grundsatze beruht der schon erwähnte Plenarbeschluß. Eine die Sachbitte zwar berührende, aber darüber nicht entscheidende Vorfrage läge auch in den, oben §. 9 litt. a. erwähnten Fällen vor, wenn der Begriff der proceßhindernden Einrede nicht ausgedehnt wird überhaupt auf peremtorische, sogleich liquide Einreden. S. oben Note 10.

wegen nicht befriedigt werden wollen, weil die Verpflichtung, sie zu übernehmen, zwischen mehreren Bundesgliedern bestritten ist, die Entscheidung der Vorfrage von der Bundesversammlung durch eine Austrägal-Instanz zu veranlassen, die Hauptfrage dann aber an die Gerichte des oder der betreffenden dem Bunde angehörigen Staaten zu bringen sey. Die Austrägal-Instanz würde hier eine ganz ähnliche Prüfung des Materiellen der Ansprüche vorzunehmen haben. Denn diese Vorfrage könnte nur darin bestehen: ob Mehrere zugleich, und zu welchem Theile ein jeder, oder ob einer principal, der andere subsidiär zu haften habe. Durch die Lösung dieser Fragen aber, obgleich sie das Materielle betreffen, würde der Entscheidung der Landesgerichte über den Grund, die Beschaffenheit und Größe der Forderungen ebenfalls nicht vorgegriffen.

Uebrigens wäre es für die Abweisung der Klage in angebrachter Art wegen unstatthafter Klagenhäufung auch wieder gleichgültig, ob eine desfallsige Voreinrede gebildet worden war, oder nicht, weil das Verbot der Klagenhäufung auch schon von Amtswegen zu berücksichtigen ist.

d) Es ergibt sich von selbst, daß bei Abweisungen wegen unrecht gewählter Proceßart nur eine Vorfrage entschieden ist. Gesetzt, es wäre auf den klägerischen Antrag ein Mandat ohne Clausel erlassen worden, der Beklagte hätte aber neben der **exceptio non rite formati processus** Einreden zur Zerstörung des Grundes der Forderung [22]) vorgebracht, und zu bescheinigen gesucht, der Richter I^ae hätte unter Verwerfung der **exceptio n. r. f. proc.** über die, die Hauptsache betreffenden Einreden erkannt, der Richter II^ae aber dann die Klage, weil die Erfordernisse eines solchen Mandats nicht vorlagen, in angebrachter Art abgewiesen. Würde in III^a reformirt, so könnte nicht zugleich über die Einreden, welche die Hauptsache betreffen, erkannt werden,

---

22) Bayer's summar. Proc. Seite 47.

weil der Richter II^ae auf die Prüfung dieser noch nicht eingegangen war, sondern nur die Erfordernisse des Einschreitens mit unbedingtem Befehle untersucht hatte.

Dieselbe Bewandniß hätte es bei dem Executiv=Processe, da auch in diesem die **exceptio non r. f. processus** zu unterscheiden ist von der Hauptfrage, ob die producirten Urkunden die der klägerischen Forderung entsprechende Conclusion zulassen [23].

e) Die Zuvielforderung dem Betrage nach, wenn nicht mit Aufrechthaltung der Klage nur das Gebührende zuerkannt werden könnte, müßte als Fehlerhaftigkeit der Klage beurtheilt werden; das Petitum ergäbe sich nicht folgerecht aus der Ge=

---

23) Eine hiervon abweichende Entscheidung findet sich in Georg. Lauk, observ. forens. Wirceb. 1817. p. 36 u. fg. Der Unterrichter hatte die gegen die Klage im Executivprocesse vorgeschützte exceptio non rite form. proc. für gegründet erachtet, und diese Klage abgewiesen. In zweiter Instanz wurde diese Einrede verworfen, und nun zugleich über die peremtorischen Einreden erkannt, da der Beklagte eventuell die Urkunde anerkannt, und peremtorische Einreden opponirt hatte. Als Grund wird angeführt: omne illud causae momentum, in quo provocatum est, ad judicium superius devolvitur, atque de eo jam est judicandum, quod vel ex eo, de quo judicatur, necessario sequitur, vel sic cohaeret, ut alterum sine altero exitum non habeat. In causa vero proposita illa de exceptionibus peremtoriis quaestio omnino est connexa, nec separari potest, sin judex idoneam ferre velit sententiam, et exitum causae respiciat. Auch in v. Linde's Handbuch des Proc. Bd. V. Seite 331. wird diese Entscheidung als auf richtigen Grundsätzen beruhend gebilligt. — Allerdings nun ist der Grundsatz an und für sich richtig, allein die Anwendung, welche davon auf den fraglichen Fall gemacht wurde, ist nicht gerechtfertigt. Denn das Erkenntniß betraf lediglich erst eine selbstständige, sogar nur processualische Frage. Durch die Berufung gegen die Entscheidung dieser konnte daher nicht folgeweise auch die Entscheidung der Sache selbst devolut werden, eine solche lag vielmehr noch gar nicht vor.

schichtserzählung, wenn Leistung in einem höheren Maße gefordert würde, als aus dem Thatsächlichen des Vorbringens abzuleiten ist. Von der s. g. exceptio plur. pet. re muß daher dasselbe gelten, was bezüglich des Mangels der Klage in wesentlichen Stücken gesagt wurde (oben litt. b). Es könnte sohin nicht angenommen werden, daß die Abweisung der Klage in angebrachter Art nur auf der Lösung einer Vorfrage beruhe. Der Unterrichter mußte vielmehr die Begründung der Sachbitte zum Behufe der Schlußfolgerung über diese seiner Prüfung unterwerfen, um zu dem Resultate der Abweisung der Klage wegen Zuvielforderung, wegen Mangels der Folgerichtigkeit des Petitums zu kommen. Würde nun der Oberrichter reformiren, z. B. weil der Kläger in Folge der Einrede Zugeständnisse gemacht hätte; so könnte er nicht bei dem Ausspruche stehen bleiben, daß die Klage in a. A. nicht abzuweisen sey; er müßte zugleich in der Hauptsache erkennen, weil der Unterrichter bereits über diese, über die Sachbitte geurtheilt, sie aber nicht als begründet erachtet hätte [24]).

f) Die ungeeignete Benennung der Klage von Seite des Klägers berechtigt den Richter nicht zur Abweisung derselben in a. Art. Er muß das, dem Vorbringen entsprechende Rechtsverhältniß als Klagegrund betrachten, und darnach bemessen, welche Klage vorliegt. Allein das Petitum selbst darf der Richter nicht verändern, und eben daraus folgt, daß, wenn dem Petitum zufolge eine unstatthafte Klage ge-

24) Nach der bayer. Ger. Ordn. IV. 7. no. 5. soll wegen Zuvielforderung dem Betrage nach die Abweisung der Klage in a. A. nur dann erfolgen, wenn dieselbe geflissentlich, wider besseres Wissen gemacht wurde. Dieses „geflissentlich" könnte aber auch hier nicht als selbstständige Vorfrage betrachtet werden. Dieses Moment würde nur die Abweisung der Klage wegen Zuvielforderung motiviren, weil außerdem mit deren Aufrechthaltung nur das Gebührende zuerkannt würde, sohin auf diesen Mangel des Klagewerks nichts ankäme.

wählt wurde, nämlich eine solche, welche die Gesetze für das in der Geschichtserzählung entwickelte Rechtsverhältniß nicht zulassen, dieselbe abgewiesen werden müßte. Z. B. es ist ein zweiseitiger Vertrag in Frage und wegen nicht erfolgter Gegenleistung **condictione causa data, non secuta** geklagt. Der Richter könnte hier der Klage das auf Erfüllung oder Leistung des Interesse zu richtende Petitum nicht substituiren. Er müßte dieselbe abweisen, und wenn der Oberrichter anderer Meinung wäre, z. B. weil er, oder die anzuwendenden Particulargesetze der Theorie des **juris poenitendi** bei den ungenannten Contracten huldigen, so könnte er die Sache nicht zurückweisen, er könnte dem Unterrichter nicht auftragen, diese Theorie anzunehmen, und darnach ein anderes Urtheil zu machen. Das unterrichterliche Erkenntniß über die Sache selbst, die Conclusion aus dem vorgetragenen Grunde der Klage auf das Petitum liegt bereits vor, letzteres wurde nicht statthaft erachtet, und die Sache wurde in diesem ganzen Umfange devolut. Der Fall könnte auch zu denjenigen gezählt werden, in welchen das Petitum aus der Geschichtserzählung nicht concludent hervorgeht, weil nach den Gesetzen die Conclusion auf die Verbindlichkeit zur Zurückgabe der Sache nicht eintreten kann.

g) Die Abweisung in angebrachter Art kann auch wegen **mutatio libelli** erfolgen, und sie würde da lediglich auf der Lösung einer Vorfrage beruhen, nämlich ob durch die Aenderung die Identität des Rechtsstreits aufgehoben wird, sey es in der Person der Parteien, in dem Klaggrunde, oder in dem Gegenstande des Rechtsstreits und Petitum. Zur Beurtheilung der Frage, ob das Vorbringen als Verbesserung oder als Aenderung der Klage zu betrachten sey, mußte der Unterrichter allerdings auf die Prüfung des Materiellen eingehen. Er mußte z. B. untersuchen, welches Rechtsverhältniß die Klage zum Gegenstand hatte, ob an diesem nach der Einlassung etwas geändert, etwa die Klage aus dem Darleihen in jene aus dem Kaufcontracte verwandelt wurde, oder ob die Er-

höhung des zuerst in der Klage geforderten Betrags eine andere Vertheidigung des Beklagten erwarten lasse u. dergl. — Aber alle diese Untersuchungen haben nur die Ausmittelung der Identität des Rechtsstreits zum Gegenstande. Wenn also der Oberrichter fände, daß die Klage nicht abzuweisen sey, so müßte er sich auf diesen Ausspruch beschränken, und die Sache zum weiteren Erkenntnisse zurückweisen.

h) Mängel in der Fähigkeit, vor Gericht aufzutreten, können nach Umständen bedingte oder unbedingte Abweisung der Klage herbeiführen, je nachdem der Mangel gehoben werden kann oder nicht, z. B. wegen bürgerlichen Todes, und wenn im ersten Falle nicht eine Verfügung zur Hebung des Mangels möglich wäre. Jedenfalls aber betrifft dieser Punkt nur eine Vorfrage.

i) Die s. g. **exceptio deficientis legitimationis ad causam** dagegen ist in der Regel weder eine wirkliche Einrede, noch wird dadurch eine selbstständige Vorfrage gebildet. Denn die Sachlegitimation ist ein Bestandtheil des Klagegrundes, und jene s. g. **exceptio** negative Einlassung [25]. Würde also wegen eines Mangels daran die Klage bedingt oder unbedingt abgewiesen, so könnte der reformirende Oberrichter den Punkt der Legitimation von dem Erkenntnisse in der Sache nicht trennen, und keine Vorfrage aus derselben machen.

Nur dann gäbe es hiervon Ausnahmen, wenn der Einwand der mangelnden Sachlegitimation die Natur einer Präjudicial-Einrede hätte, d. h. wenn durch denselben eine, den Stoff eines selbstständigen Processes in sich tragende Frage angeregt würde, welche vor der Entscheidung des klagbar gemachten Anspruchs erledigt seyn müßte, wie z. B. wenn dem Kläger, welcher die Nutznießung des Mutterguts der Kinder verlangt, entgegengesetzt wird, daß er nicht rechtmäßiger Vater sey, oder wenn der Kläger oder Beklagte nur als Erbe

---

25) S. oben Note 12.

berechtigt oder verbunden wäre, und die Eigenschaft des Erben in Frage gezogen wird. Nur in dergleichen Fällen würde die Legitimation zur Sache als Präjudicial-Einrede [26]) eine selbstständige Vorfrage ausmachen können, welche in der Abweisung der Klage zur Zeit gelöst wäre, so, daß der reformirende Oberrichter sich auch nur auf diese Vorfrage beschränken müßte. Uebrigens beruht die Trennung des Präjudicialpunkts von der Hauptsache allerdings auf dem richterlichen Ermessen, weswegen ein Unterrichter je nach dem Begriffe, welchen er sich von der exceptio praejud. bildet, auch die verschiedensten Fragen unter denselben beugen könnte, und es wäre dann in jedem gegebenen Falle eine factische Frage, ob der Unterrichter einen Punkt als präjudiciell von der Hauptfrage des Processes getrennt, und als selbstständige Vorfrage behandelt habe. Eine Gesetzgebung, welche Mißgriffen vorbeugen wollte, müßte daher den Begriff der Präjudicial-Einrede [27]) mit Präcision festsetzen; denn möglicher Weise könnte einer auch sagen, z. B. die Frage des widersprochenen Abschlusses des Kaufcontracts sey präjudiciell für die Frage des vom Kläger erhobenen Anspruchs aus demselben, oder z. B. bei der actio confessoria müsse das Eigenthum des Klägers am herrschenden Grundstücke als selbstständige Vorfrage behandelt werden.

§. 11.

3. Wenn die Abweisung der Klage zur Zeit ausgesprochen wird auf den Grund einer von jenen dilatorischen Einreden, welche die merita causae betreffen, zu welchen

26) Vgl. Seuffert, Comment. Bd. II. p. 246. Note 4.

27) Nach Analogie der C. ult. de ordine cognit. wäre die Legitimation nur dann eine Präjudicialfrage zu nennen, wenn der Anspruch eine gewisse Eigenschaft der Person oder Sache als seine Bedingung voraussetzt. Hier trägt die Frage den Stoff eines eignen Rechtsstreits in sich.

auch die s. g. vermischten Einreden gehören; so hat man nie eine für sich bestehende Vorfrage. Insbesondere gehören hierher die s. g. exceptio plur. pet. tempore, die exceptio moratorii, pacti de non petendo temporalis, die exceptio excussionis vel ordinis, divisionis, die exceptio beneficii competentiae, exceptio retentionis, und die s. g. Einrede des bedingten Geschäfts, der noch nicht eingetretenen Bedingung. Alle diese Einreden suchen die Verbindlichkeit zur Leistung als jetzt noch nicht existent darzustellen, sie stehen daher mit dem Klaggrunde in der engsten Verbindung, dessen Prüfung vorausgehen muß, ehe die dilatorische Wirksamkeit der Einrede beurtheilt werden kann. Immer ist die Verbindlichkeit selbst zur Leistung, also die Hauptsache des Processes in Frage, wie z. B. wenn der actio commodati die Einrede des Retentionsrechts wegen des gemachten nothwendigen Aufwandes für die Sache, oder der actio mutui die exceptio moratorii u. s. w. entgegengesetzt wird. Diese Einreden haben mit den peremtorischen gemein, daß sie auf besondern, von dem factischen Klaggrunde verschiedenen Thatsachen beruhen, durch welche die Klage für jetzt elidirt werden soll, nur also nicht unbedingt, wie es die peremtorischen bezwecken, und wegen dieser Verwandtschafr mit den letztern nehmen auch manche Rechtslehrer an, daß sie vor oder nach der Einlassung vorgetragen werden könnten, so wie auch mitunter s. g. vermischte Einreden, z. B. die exceptio divisionis zu den peremtorischen selbst gerechnet werden, obgleich diese peremtorische Wirkung nur von einem Umstande abhängt, der erst noch hinzutreten muß, z. B. Zahlung von Seite des Mitbürgen [28]).

Alles dieses aber spricht dafür, daß aus solchen Einreden nie eine Vorfrage gemacht werden kann, und daß der Ober-

---

28) Wehre, Grundr. der Lehre von den ger. Einw. §. 35. no. VIII. Gesterding, Ausbeute u. s. w. Bd. II. p. 174. und im Archiv für civil. Praxis VII. p. 141.

richter, wenn er die auf den Grund einer solchen Einrede ausgesprochene Abweisung der Klage zur Zeit — nicht gerechtfertigt fände, zugleich das Erkenntniß in der Hauptsache erlassen müßte. Ohnehin sind manche dieser Einreden nichts anderes, als Abläugnung des Klaggrundes oder einzelner Bestandtheile desselben. So die s. g. **exceptio plur. pet. tempore.** Es gehört zum Klagegrunde, daß die Leistung jetzt schon gefordert werden kann. Nur dann hätte man eine Einrede, wenn die Unzeitigkeit der Klage aus einem, der Entstehung des Klagegrundes nachgefolgten Ereignisse abgeleitet würde, z. B. einem Stundungsvertrage u. dergl. Dasselbe Verhältniß waltet ob bezüglich der von einer Suspensivbedingnng hergenommenen s. g. Einrede. Die Existenz der Bedingung gehört da zu der Begründung der Klage, und es kann daran auch nichts ändern, wenn der Kläger der Bedingung nicht erwähnte, sondern der Beklagte erst diesen zu seiner Vertheidigung dienenden Bestandtheil des Geschäfts anführte. Er widerspricht dadurch nur den Grund der Klage, aus welchem seine schon jetzt vorhandene Verbindlichkeit zur Leistung abgeleitet werden will [29]. Uebrigens mag man in dergleichen Fällen negative Einlassung oder eine Einrede annehmen, so liegt immer in der Abweisung der Klage zur Zeit die unterrichterliche Entscheidung über die Sachbitte selbst vor, weswegen im Falle der Berufung der **effectus devolutivus** auch in eben diesem Umfange eintritt.

Im Uebrigen aber sind allerdings Fälle denkbar, in welchen die Abweisung der Klage zur Zeit lediglich auf einer über die Sachbitte nicht entscheidenden Vorfrage beruht, so z. B. bei den wahren Präjudicial-Einreden [30]; bei der **exceptio spolii**, soferne die Hauptsache nicht zugleich mit verhandelt und entschieden wurde [31]; bei der **exceptio cautionis** u. d. m.

---

29) Vgl. auch Seuffert's Comment. Bd. II. p. 238.

30) S. oben §. 10. litt. i.

31) Leyser spec. 506. §. 6.

§. 12.

4. Die Abweisung der Klage hierorts, oder die exceptio forideclinatoria bildet immer eine Vorfrage, selbst dann, wenn sie mit der Hauptsache des Streits in der engsten Verbindung steht. So z. B. war das Fischereirecht auf einer Strecke des Bachs A zwischen der Gemeinde B und den Fischern zu C streitig, indem letztere ihren Anspruch auf den Umstand gründeten, daß der ganze Bach sich noch in dem Burgfrieden der Stadt C befinde, die Gemeinde aber behauptete, daß der Bach, wenn auch nicht ganz, doch zum größten Theile noch zu ihrer Markung gehöre. Da nun die Grenze des Burgfriedens zugleich auch die Grenze des Jurisdictionsbezirks zweier Untergerichte war, so beruhte das fragliche Fischereirecht und der Jurisdictionsbezirk auf einer und derselben Bedingung, und in Folge des Grundes, aus welchem jeder Theil dasselbe in Anspruch nahm, würde der Streit über die Zuständigkeit des Rechts je nach der Entscheidung über die Lage des Bachs in dem einen oder dem andern Jurisdictionsbezirke ebenfalls mit entschieden worden seyn. Nun trat die Gemeinde B bei dem Obergerichte, welchem jene beiden Untergerichte subordinirt waren, klagend gegen die Fischer in C auf. Diese aber setzten exceptionem forideclinatoriam entgegen, weil die fragliche Bachstrecke zum Jurisdictionsbezirke C gehöre, verbanden damit die Einrede der mangelhaften Begründung der Klage, und ließen sich eventuell verneinend ein. Das Obergericht erklärte sich als erste Instanz competent, verwarf die s. g. Einrede der mangelhaften Klagebegründung, und verfügte, da es die Verhandlung noch nicht für vollständig erachtete, die Ergänzung derselben. Der beklagte Theil aber ergriff die Berufung, und erhob Beschwerde, weil das Obergericht die fragliche Bachstrecke als in dem Jurisdictionsbezirke zweier Untergerichte befindlich angenommen, und sohin sich als erste Instanz competent erklärt, und eventuell, weil es nicht die Klage definitiv abgewiesen hatte. In der höheren Instanz wurde jedoch der Klägerin der Beweis

aufgelegt: daß die fragliche Bachstrecke zum Theile zum Jurisdictionsbezirk **B** und zum Theile zu jenem von **C** gehöre. Ungeachtet der engen Verbindung zwischen der Competenzfrage und der Zuständigkeit des Rechts konnte der Beweis doch nicht dahin normirt werden: daß die Strecke des Bachs zum Theile und zu welchem Theile der Markung der Gemeinde **B** angehöre. Die Vorfrage über die Jurisdictionsbezirke mußte vielmehr vorher erledigt werden, weil, auch abgesehen davon, ob die Acten in der Hauptsache spruchreif waren, je nach der Verschiedenheit des Resultats derselben die Sache vielleicht auch entweder an das Gericht **B** oder an jenes in **C** zu bringen wäre. Die Hauptsache selbst durfte daher noch auf keine Weise in das Erkenntniß eingemischt werden, sondern es kam lediglich vorerst auf den Beweis der Thatsache an, von welcher die Competenz des Obergerichts als erster Instanz abhieng. In den andern Punkten war daher dessen Erkenntniß voreilig erlassen, und durch die Berufung konnte nur die Vorfrage der Competenz devolut werden.

Ein ähnlicher Fall, in welchem die Competenzfrage und die Hauptsache in enger Verbindung standen, kommt bei Leyser [32]) vor. **A** war bei dem Gerichte **B** als dem **foro contractus** klagend gegen **C** aufgetreten. Dieser wandte jedoch ein, zwischen ihm und dem Kläger sey gar kein Contract geschlossen worden, er stehe also auch nicht unter diesem Forum. Der Richter erster Instanz wies nun die Klage ab, weil sie an das **forum domicilii** zu bringen sey. In zweiter Instanz aber wurde die Einrede ganz verworfen, weil sie mit der Hauptsache, mit dem Beweise des Contracts selbst in Eins zusammenfalle. Diese Entscheidung wurde nun zwar von Leyser gebilligt mit dem Beisatze: **nam exceptiones dilatoriae, siquidem altioris indaginis sunt, pertractationem ipsius causae morari non debent, sed a judice recte negliguntur.** Allein der Kläger hatte kein unzweifelhaftes

32) Med. spec. 73. med. 2.

Recht auf dieses Forum, daher müßte vorerst die Frage entschieden werden, ob die Sache an dasselbe gehört. Man kann nicht sagen, daß hier in dem: **tecum non contraxi** — negative Einlassung in der Hauptsache vorliege, und selbst in diesem Falle könnte die Sache weder wegen Incompetenz abgewiesen, noch die gerichtsablehnende Einrede hintangesetzt werden, weil, wenn ein Contract zwischen den Theilen nicht geschlossen wurde, sondern die Forderung auf einem andern Grunde beruht, die Sache auch an dieses Forum nicht gebracht werden kann. Das: **tecum non contraxi** — sollte aber vorerst nur die Incompetenz dieses Richters begründen, und jener Beweis hätte nur den Zweck, die **exceptio forideclinatoria** zu beseitigen. Der Hauptfrage selbst, ob und in wie ferne die Sachbitte des Klägers aus dem Contracte sich begründen lasse, würde dadurch nicht vorgegriffen. Es dürfte daher der Meinung Gesterdings [33]) vielmehr beizutreten seyn, daß auch im Falle einer solch engen Verbindung der Competenzfrage mit der Hauptfrage des Processes über die Einrede der Incompetenz nie hinweggegangen werden kann.

Gesetzt nun, in erster Instanz wäre mit Uebergehung oder Verwerfung der **exceptio forideclinatoria** in der Hauptsache erkannt, in der zweiten aber reformirt, und jener Einrede statt gegeben worden; so könnte der Richter III^ae^, wenn er die Einrede nicht für gegründet erachtet, nicht zugleich in der Hauptsache erkennen. Er müßte die Sache zu diesem Erkenntnisse an die zweite Instanz zurückweisen, weil diese durch ihr Erkenntniß lediglich eine selbstständige Vorfrage erst entschieden, in der Hauptsache aber durch diese Entscheidung sich noch auf keine Weise ausgesprochen hatte.

In Fällen der gerichtsablehnenden Einrede und der Abweisung der Klage hierorts wäre sonach immer nur der Fall **sub b.** des **§. 1. in fin.** gegeben, so, daß sich der Oberrichter

33) Ausbeute u. s. w. Bd. II. Seite 176.

nur auf den Ausspruch der Nichtabweisung der Klage zu beschränken hätte.

Uebrigens aber versteht es sich von selbst, daß der Oberrichter sowohl im Falle **a** als **b** (des §. 1) das unterrichterliche Erkenntniß bestätigen müßte, wenn die bedingte oder unbedingte Abweisung der Klage zwar nicht aus dem vom Unterrichter angenommenen Grunde, aber aus einem andern zu rechtfertigen wäre, welchen entweder die richterliche Reflexion in der Prüfung des Klagewerks selbst schon erzeugen müßte, oder welcher durch eine Einrede, im Falle **a** insbesondere auch durch eine die **merita causae** betreffende dilatorische, oder durch eine peremtorische, im Falle **b** aber durch eine andere Voreinrede an die Hand gegeben würde. Es liegt dieses in den Folgen der Eventualmaxime.

III.

Die Erzeugung und Bedeutung des Gewohnheitsrechtes im Civilprocesse.

Von

Herrn Prof. **Dr. J. B. Sartorius** in Heidelberg.

Die Lehre vom Gewohnheitsrecht in ihrer neuesten Fortbildung ist in der Regel von dem Standpuncte des Civilrechtes aus aufgefaßt worden [1]; mit dem Civilprocesse ist dieselbe noch nicht vermittelt, obgleich hier mehrere und bedeutende Eigenthümlichkeiten hervortreten. Diese Vermitte-

1) Vgl. v. Savigny, System d. Röm. Rechts (Berlin 1840 ff.) Bd. I. §§. 12. 18. 25. 28. und Beil. II. S. 420—429.